

**L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IL CONTRATTO DIVENUTO  
SQUILIBRATO: L'INFLUENZA DELLA BUONA FEDE, DELL'ART. 2  
COST. ITALIANA E DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.**

**ANALISI DI RECENTI IPOTESI APPLICATIVE**

***OBLIGATION TO RENEGOTIATE UNBALANCED CONTRACTS: THE  
COVENANT OF GOOD FAITH, THE ARTICLE 2 OF THE ITALIAN  
CONSTITUTION AND THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN UNION  
REGULATION. AN ANALYSIS OF RECENT CASES***

**CAMILLA SERRAIOTTO<sup>1</sup>**

*Dottoranda in diritto privato comparato  
Università degli studi di Trento*

Artículo recibido el 17 de noviembre de 2016

Artículo aceptado el 2 de diciembre de 2016

**RIASSUNTO**

El presente saggio vuole evidenziare l'evoluzione nel sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale avutosi nell'ordinamento italiano tanto per effetto dei principi sovranazionali, quanto per l'operare della clausola di solidarietà sociale, sancita all'art. 2 della Costituzione italiana, la quale, ponendosi come norma non meramente programmatica bensì immediatamente precettiva, sta avendo un

---

<sup>1</sup> Visiting Ph.D student presso il Collège de France e presso il Max Planck Institute di Amburgo, Diplomata alla scuola di specializzazione per le professioni legali, abilitata all'esercizio della professione forense.

impatto dirompente nel sistema italiano. Essa impone alle parti di un contratto divenuto squilibrato obblighi di rinegoziazione anche atipici e altresì al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore.

L'utilizzo giurisprudenziale della clausola stessa, come si avrà modo di vedere a proposito del potere giudiziale di riduzione della caparra confirmatoria eccessiva, nonché l'obbligo di rinegoziare un contratto di mutuo divenuto usurario per la variazione del tasso soglia degli interessi, se certo scardina completamente il principio di certezza del diritto, incidendo sull'autonomia contrattuale ancorché lecitamente esplicata, rappresenta talvolta una valvola di salvezza per adattare un sistema pressoché rigido alle sopravvenienze che, comportando la caducazione del contratto, costituirebbero un grave pregiudizio per la parte che le deve sopportare. Si pensi ad esempio ad un contratto di mutuo divenuto usurario in un momento successivo alla sua pattuizione. Ancorché la stessa sia stata lecita in quanto originariamente contenuta nei limiti del c.d. tasso soglia, per effetto del superamento dello stesso a causa di una riduzione sopravvenuta del limite oltre il quale gli interessi sono considerati usurari, diventando usuraria potrebbe essere colpita da nullità, con conseguente obbligo immediato di restituire l'intera somma data a mutuo.

Se certo non può dirsi nuovo l'obbligo di rinegoziare, certamente una novità è rappresentata dai poteri di intervento giudiziali non solo cassatori bensì anche correttivi, i quali permettono di "correggere" la volontà delle parti al fine del permanere del vincolo contrattuale, e ciò in un senso non solo normativo bensì anche economico. Per altro verso si fa sempre più largo l'idea che gli obblighi di rinegoziazione delle parti possano essere, ove non spontaneamente adempiuti, ottenuti in via coercitiva attraverso l'operare dell'art. 2932 c.c., salvo valutare i problemi che al riguardo si porrebbero in termini di "compiutezza" del programma negoziale.

Dopo avere evidenziato dunque l'evoluzione avutasi all'interno dell'ordinamento italiano, mediante uno sguardo anche comparatistico alla stessa problematica, si affronteranno due casi specifici: l'ipotesi della caparra confirmatoria, che in Italia non prevede espressamente un rimedio volto ad una sua riduzione, ove pattuita in misura eccessiva, analogamente a quanto invece si prevede per la penale, e successivamente si affronterà la problematica della così detta "usura sopravvenuta". Entrambe le fattispecie hanno trovato una soluzione grazie appunto all'operare dell'art. 2 Cost., che ha permesso il permanere in vita della pattuizione mediante un suo riequilibrio, non già ad opera della parte, bensì in ultima istanza ad opera del giudice ove la prima non vi provveda da sé.

Il crescente potere giudiziale di incidere sul regolamento contrattuale, per effetto del citato principio costituzionale, se certo può incidere in termini di certezza del diritto e di autonomia contrattuale, talvolta rappresenta l'unico strumento di tutela per la parte debole del rapporto.

**PAROLE CHIAVE:** Potere giudiziale, equilibrio contrattuale, equilibrio normativo ed económico, principio di solidarietà (art. 2 Cost. Italiana), l'obbligo di rinegoziare, autonomia contrattuale, caparra confirmatoria, "usura sopravvenuta".

**ABSTRACT**

This essay aims to underline the evolution of the judicial power of examination on the issue of contractual balance as a result of the international principles introduced in the Italian judicial system and of the social solidarity clause provided by article 2 of the Italian Constitution. The latter, as it is a mandatory and not merely a programmatic rule, has been having a shattering impact on the Italian system as it prescribes to the parties of a contract that has become unbalanced obligations that are atypical and not expressly provided by law.

As we will analyze in regards of the power of the judge to reduce a disproportionate commitment deposit and on the topic of the obligation to renegotiate a loan that became usurious through the increasing variation of interests, the use in the courts of the solidarity clause, even if it completely dismantles the principle of legal certainty by affecting the contractual autonomy already legitimately performed by the parties, it represents a safety valve for re-adjusting a system that is rigid towards unexpected occurrences. Differently, this situation would lead to a voidable contract and consequently to jeopardize the party that has to bear these unexpected occurrences. For instance, we can consider as the case in point a loan contract that has afterwards become usurious. Whether the agreement was at first legitimate since originally contained in the legal interest rate limit, in case of a subsequent decreasing of this limit above which the interest are considered usurious, the original agreement, by exceeding it, would be nullified and the party would be forced to immediately return the entire amount of money loaned.

Although the obligation to renegotiate is not news, the power of intervention granted to the judge, who is enabled not only to annul but also to adjust the terms of the contract, is for sure something new. This power allows the correction of the will of the parties in order to save the contractual obligation from both a legal and an economical point of view. From another perspective, the idea of applying article 2932 of the Civil Code in order to enforce the obligation to renegotiate in case the parties do not spontaneously comply, always taking in consideration any kind of issues could arise in terms of the completeness of the negotiation, has made its way into the Italian judicial system too.

After underlining the evolution occurred in the Italian judicial system, two specific cases will be analyzed throughout a comparative perspective of the issue. First, the case of the commitment deposit: in Italy it is not expressly provided with a remedy that enables to decrease it in case the amount the parties agreed on, is disproportionate (as it happens instead with the penalty clause); secondly, the issue of the so-called "supervened usury". Both cases have found a solution

through the application of the above-mentioned article 2 of the Italian Constitution: the agreement can survive throughout a new balance applied not by the party of the contract, but by the judge as last resort, in case the first do not provide for it.

In conclusion, the increasing power of the judge to affect the contractual agreement, granted by the constitutional principle, although it weighs in terms of legal certainty, sometimes is the only instrument able to protect the weak party of the contractual relation

**KEY WORDS:** Judicial power, contractual balanced, legal and economical balanced, solidarity principle (art. 2 Italian Constitution), the obligation to renegotiate, contractual autonomy, commitment deposit, “supervened usury”

## SOMMARIO

### *I. Introduzione.*

### *II. L'evoluzione giurisprudenziale del sindacato giudiziale sull'autonomia contrattuale*

### *III. Ipotesi pratiche attuali: la caparra confirmatoria e la così detta “usura sopravvenuta” alla luce dell’art. 2 Cost. e del diritto dell’Unione Europea.*

### *IV. Conclusioni.*

## **I. Introduzione<sup>2</sup>.**

Quando si parla di “rinegoziazione” con riferimento all’ordinamento italiano, si deve tenere presente che il termine ha assunto, di recente, un nuovo significato, e ciò anche grazie all’influsso dell’ordinamento sovranazionale, in particolare dei Principi Unidroit<sup>3</sup>, dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC) ed del Draft Common Frame of Reference (DCFR). Se la rinegoziazione non è affatto nuova per l’ordinamento italiano, ciò che invece rappresenta una novità è la possibilità di intenderla non più in senso solo normativo, bensì anche economico. Il termine

---

<sup>2</sup> L’analisi circa l’influenza e la portata del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. che si analizzerà nel presente contributo fa parte di un’analisi condotta nell’ambito della tesi di dottorato che l’autrice sta ultimando, concernente però le implicazioni della stessa sulla responsabilità extracontrattuale. La tesi prevede anche un confronto in merito al fenomeno nell’ordinamento francese.

<sup>3</sup> C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa, I Principi di diritto Europeo dei contratti*, I e II, a cura di C. Castronovo, Milano, 2001; Id. *I principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di Codice*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G. Vettori), Padova, 1999; Id., *Principi di Diritto Europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001; Id. *Il contratto nei principi di Diritto Europeo*, in *Ed. Dir. Priv.*, 2001; Id. *Principi di Diritto Europeo dei contratti*, Parte III, Milano, 2005; Id. *Good faith, and The Principles of European Contract Law*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005; Id., *Autonomia Privata e Costituzione Europea*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, p. 44 e ss.

“rinegoziazione” non è più infatti oggi circoscritto solamente all’ambito normativo, in modo tale che si possano riequilibrare diritti ed obblighi delle parti derivanti dal contratto stipulato, bensì ha assunto una connotazione prettamente economica, per poter rinegoziare il contratto al fine di elidere gli effetti della sopravvenienza che lo ha reso economicamente squilibrato e poterlo conservare, in luogo della sua caducazione, ancorché tale facoltà/obbligo non sia stata espressamente pattuita. La rinegoziazione si pone dunque come rimedio “manutentivo”, a fianco ai tradizionali rimedi “caducatori” integranti il c.d. *breach of contract*<sup>4</sup>. Recentemente, gli obblighi di rinegoziare sono stati ampliati dall’operare della clausola di solidarietà sociale, ex art. 2 della Carta Fondamentale italiana, la quale, intesa in senso immediatamente precettivo, non meramente programmatico, impone alle parti di comportarsi in modo solidale innanzi alle sopravvenienze che possono turbare l’originario equilibrio contrattuale. Tale fenomeno è del tutto nuovo posto che, se esso in parte poteva già essere ricondotto al principio di buona fede, oggi, mediante la riconduzione dell’obbligo ad un principio costituzionale, quale appunto l’art. 2 Cost. che pone l’esigenza di bilanciare contrapposti interessi, può facilmente prevalere su altri diritti, qualora siano privi di un’analogia rilevanza costituzionale.

Ciò ha completamente scardinato il tradizionale dogma dell’intangibilità dell’autonomia contrattuale sotto il profilo economico, a favore di un obbligo solidaristico che impone alle parti di considerare l’interesse reciproco all’esecuzione di un contratto equilibrato non solo da un punto di vista normativo, bensì anche economico, per l’appunto, di modo tale da evitare la così detta “*gross disparity*” (3.2.7 e 3.10 Principi Unidroit)<sup>5</sup>. L’esecuzione del contratto dovrebbe in altre parole essere caratterizzata da una sorta di “punto di equilibrio” costante, che nell’analisi economica del diritto è considerato il punto di incontro tra due volontà, caratterizzato dalla perfetta soddisfazione dei reciproci interessi<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> FARNSWORTH, *Legal remedies for breach of contract*, in *70 Columbia Law Review*, 1970, p. 1145 e ss.; TILLOTSON, *Contract Law in perspective*, II Ed. 1985, p. 96 e ss.; CHESHIRE and FIFOOT, *Law of Contract*, X Ed., Londra, 1977, p. 534; BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, London, 1980, p. 152 e ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, VI Ed., Londra, 1983, p. 648 e ss.; Id. *An Outline of the Law of Contract*, Oxford, 2004; A.S. HARTKAMP, *The Unidroit Principles for international commercial contract and the new Dutch Civil Code*, J.H.B. Kluwer 1994, p. 127 e ss.

<sup>5</sup> A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.2.10(2) apply accordingly.

<sup>6</sup> V.P. GOLDBERG, *Institutional change and the quasi – invisible hand*, in *The Journal of law and Economics*, 17, 1974, p. 461; D. CAMPBELL e D. HARRIS, *Flexibility in Long – term Contractual Relationship, The Role of Co – operation*, In *Journal of Law and society*, vol. 20, n. 2, 1993 pp. 166 –

Se in un primo tempo il sindacato sull'equilibrio economico del contratto è stato a lungo vietato stante l'inarovibile dogma della volontà<sup>7</sup>, ove essa sia lecita e non contraria all'ordine pubblico, sì da essere meritevole di tutela, si è poi ammorbido tale divieto in favore di un sindacato larvato, mascherato dalla riconduzione delle ipotesi di squilibrio ai casi espressamente tipizzati della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e della rescissione per lesione, finendo con l'ammettere tale sindacato non solo quando lo squilibrio è genetico, bensì anche quando esso è sopravvenuto ed altresì al di fuori dei casi espressamente tipizzati dalla legge per effetto della creazione di obblighi di rinegoziazione atipici.

Ripercorrendo l'analisi di tale fenomeno si noterà il crescente potere del giudice volto a tale tipo di riequilibrio, nonché l'ampliamento delle pretese di rinegoziazione delle parti per effetto della buona fede con funzione "integrativa" (la quale impone di rinegoziare ancorché ciò non previsto contrattualmente) e dell'obbligo di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.<sup>8</sup>, il quale sta avendo nello stesso senso nell'attuale sistema normativo italiano un impatto dirompente non solo in ambito contrattuale, bensì anche extracontrattuale.

Tale fenomeno è evidente in recenti approdi giurisprudenziali dell'ordinamento italiano in materia di caparra confirmatoria<sup>9</sup> ed a proposito dell'usura sopravvenuta che di seguito verranno analizzate al fine di far emergere tale nuova tendenza dell'ordinamento italiano, tutta ispirata all'ordinamento europeo ed in particolare alla *doctrine of frustration* ed alle *hardship clauses*, le quali permettono di gestire le sopravvenienze squilibranti del contratto in un'ottica prettamente manutentiva, non solo caducatoria.

## II. L'evoluzione giurisprudenziale del sindacato giudiziale sull'autonomia contrattuale.

---

191; A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2010, p. 117 e ss.; P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: Tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563 – 582.

<sup>7</sup> L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, II, 32, nota. 38; per un approfondimento della tematica si rinvia a D. MANZIONE, *L'usura*, Milano, 2013, II ed., 1- 22; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto Europeo*, p. 305 e ss.

<sup>8</sup> Per un esempio di recenti sviluppi giurisprudenziali in merito agli obblighi solidaristici nella responsabilità extracontrattuale si veda invece: C. SERRAIOTTO, *Risarcimento del danno non patrimoniale*, Nota a sentenza del 17.02.2016, n. 20927, in *Giust. Civ.*, n. 2/2016, e anche U. IZZO, *Nota a Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza, 22.10.2014, n. 22344*, in *Il Foro It.*, 2015, (I, 2015), p. 1699 – 1705.

<sup>9</sup> Più che un potere di riduzione simile a quello previsto per la penale, si permette al giudice un intervento ancora più incisivo, ossia dichiarare la nullità della clausola stessa, ex art. 1418 c.c., per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. "in combinato contesto con la clausola di buona fede." Il problema è stato posto all'attenzione della Corte mediante due ordinanze di rimessione: la n. 248/2013 e la 77/2014. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; Id., voce *Clausola penale*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1964, 351 ss.

Ora, al fine di comprendere a pieno l'evoluzione circa gli obblighi di rinegoziazione e, del pari, il sindacato giudiziale sull'autonomia negoziale, è necessario partire dalla nozione stessa di contratto, insita nell'ordinamento italiano, e ripercorrere l'evolgersi del giudizio di meritevolezza, sviluppatosi parallelamente alla nozione di causa del contratto. Si evidenzia come da un controllo sulla volontà dei contraenti, che postula l'analisi della causa concreta, tanto per i contratti tipici quanto per quelli atipici, si passa ad un controllo sulla giustizia dello scambio, non solo da un punto di vista normativo, bensì anche economico<sup>10</sup>.

Il contratto, che si sostanzia nell'accordo, è inteso quale incontro di due volontà, o meglio, di due dichiarazioni, che sembrano corrispondere all'effettiva volontà dei contraenti, diretta a costituire, modificare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Il dato di partenza è l'assunto in base al quale se le parti hanno raggiunto un accordo in condizione di parità di forza tra loro, come presuppone il Codice Civile italiano, questo non può che essere equo. Il contratto del Codice Civile presuppone infatti una simmetria tra le parti, le quali appunto contratterebbero in pari forza. Di talché la parte non potrebbe ragionevolmente avere manifestato liberamente e volontariamente un'intenzione che la danneggia, concludendo un contratto iniquo. Di qui l'eccezionalità e la conseguente tipicità dei casi in cui il giudice può sindacare la giustizia del contratto: questi sono gli artt. 1447 – 1448 c.c., la disciplina dell'usura oggi oggettiva legata unicamente al superamento del tasso soglia<sup>11</sup>, non più soggettiva (e dunque indipendente dall'approfittamento o meno dello stato di bisogno), e tutti i casi di incapacità della parte<sup>12</sup>.

Alla base del c.c. vi è il dogma della volontà, tipico del liberismo economico, contrapposto al paternalismo di matrice interventista. Esso postula che il contratto, essendo frutto della volontà delle parti, non può essere sindacato in mancanza di una patologia tipizzata. Ciò sulla scorta di un ulteriore principio liberale: tutto ciò che non è

---

<sup>10</sup> Per un approfondimento sulla problematica dell'equilibrio economico si veda SCIARRONE - ALIBRANDI - MUCCIARONE, *Le pluralità di serie normative di jus variandi nel T.u.b.: sistema e fratture, in Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 12 e ss.; G. GRISI, *Equilibrio e giustizia dello scambio contrattuale*, in M. BESSONE, *Casi e Questioni di Diritto Privato, XXI – Il Contratto in Generale*, a cura di R. ALESSI e G. GRISI, *Il Contratto nella società moderna*, Milano, 2002, p. 10 e ss.; E. IORIATTI FERRARI, *Codice Civile Europeo – Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006, p. 239 e ss.

<sup>11</sup> L'art. 644, co. 3 c.p., al co. III rimette alla legge la concreta individuazione del c.d. tasso soglia, il quale si determina attraverso rilevazioni trimestrali previste dall'art. 2, commi 1 e 4, L. 108/96: è la legge a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"; in particolare "il limite (...) oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso<sup>13</sup>, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali.

<sup>12</sup> Ai fini del calcolo del tasso soglia si tenga presente la non cumulabilità dell'interesse moratorio e corrispettivo, data la loro diversa struttura, ciò confermato da recenti pronunce di merito Trib. Padova, 27 gennaio 2015; Trib. Milano, 3 dicembre 2014; Trib. Cremona, 30 ottobre 2014; Trib. Venezia, 15 ottobre 2014, n. 2163; Trib. Roma, 16 settembre 2014; Trib. Scacca, 13 agosto 2014; Trib. Verona, 27 aprile 2014.

vietato in quanto illecito, è permesso e dunque lecito. Tale assunto è del resto alla base della certezza dei traffici giuridici. Se dunque la volontà della parte nel concludere il contratto con un dato contenuto è sovrana, l'analisi dei costi e dei benefici che hanno portato allo stesso non dovrebbe poter essere sindacata dal giudice. Di qui l'insindacabilità dell'equilibrio economico del contratto. Accanto però all'autonomia contrattuale sancita al co I dell'art. 1322 c.c., il legislatore si premura di limitare, o comunque porre degli argini alla volontà sovrana delle parti che governa la libertà contrattuale, mediante il controllo di meritevolezza previsto al co II. È proprio questo lo strumento utilizzato dal giudice per sindacare l'autonomia contrattuale. Inizialmente tale controllo era effettuato per i soli contratti atipici, ossia per quelli che le parti possono concludere anche in difformità dai tipi legali, mediante la loro autonomia contrattuale, posto che per quelli atipici tale giudizio di meritevolezza veniva effettuato a monte dal legislatore che nel tipizzare il contratto lo aveva ritenuto meritevole di tutela. La "causa tipica" è per definizione meritevole, mentre quella atipica deve in concreto essere vagliata<sup>13</sup>. È infatti per effetto dell'avvento della teoria della causa in concreto che il vaglio di meritevolezza viene effettuato anche per i contratti tipici, posto che essa rappresenta la ragione concreta che ha mosso le parti alla stipula, al di là del tipo legale utilizzato per perseguire i propri interessi. Di talché i contratti tipici avrebbero per così dire una "duplice causa", una astratta, prevista dal legislatore per il tipo legale utilizzato, ed una concreta, che rispecchia i reali interessi perseguiti dalle parti mediante il singolo contratto ovvero mediante un collegamento negoziale.

Parallelamente all'evoluzione del concetto di causa appena descritto, anche il concetto di meritevolezza ha subito un'evoluzione. Inizialmente si ritiene che per essere meritevole il contratto deve essere socialmente utile, o comunque avere una rilevanza superindividuale. Con l'avvento della Costituzione del 1948 si aggancia la meritevolezza alla compatibilità con i valori costituzionali, quali la solidarietà, *ex art. 2 Cost.*, l'uguaglianza, *ex art. 3 Cost.*, o la libertà d'iniziativa economica, *ex art. 41 Cost.* Successivamente essa si intende come conformità all'ordine pubblico, al buon costume, alle norme imperative. Così postulato però, il giudizio di meritevolezza coinciderebbe

---

<sup>13</sup> La Suprema Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 08 maggio 2006 n. 10490 ha formalmente consacrato la teoria della c.d. "causa in concreto". Ulteriori approdi giurisprudenziali sono, a titolo non esaustivo, Corte di Cassazione, sez. III, sentenza del 24 luglio 2007 n. 16315, Cassazione Sezioni Unite, n. 4628 del 6 marzo 2015 secondo le quali "*la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare.* Per un approfondimento si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015; A. PISAPIA, Rinegoziazione del contratto e nullità per mancanza di causa, in *Contr.*, 2011, p. 260 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il Contratto*, III, Milano, 2000, p. 619 e ss.; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1098 ss.; E. BETTI, *Causa el negozio giuridico*, in *Noviss., Dig., It.*, III, Torino, 1959 *ad vocem.*; Id., *Teoria generale delle obbligazioni I, Prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 1098 ss.; SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 174 e ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 94 e ss.



con il giudizio di liceità, ragion per cui si assiste ad un'ulteriore evoluzione, che è alla base dell'ampliamento dei poteri del giudice nel sindacare l'autonomia privata: essa coincide dapprima unicamente con la razionalità normativa, successivamente, secondo la nuova frontiera, anche con la razionalità economica dell'operazione. Di talché un contratto squilibrato da un punto di vista economico, è un contratto non meritevole di tutela. Tuttavia si assiste subito ad una reazione ostile alla possibilità di un sindacato sulla razionalità economica dello scambio: si ritiene infatti che la convenienza e la razionalità economica dello scambio sia sindacabile dalla sola parte, la quale può celare dietro ad un'apparente irrazionalità economica una causa in concreto meritevole di tutela. Se il giudice dunque si sostituisse alla parte in tale valutazione annienterebbe l'autonomia contrattuale, ciò in quanto il legislatore ha già previsto un rimedio attuabile se la parte lo ritiene opportuno, innanzi alle obiettive sproporzioni, si tratta della rescissione del contratto per lesione, *ex art.* 1447 e 1448 c.c. Ecco dunque che se la parte sceglie di non attuare il rimedio allora il problema non dovrebbe essere di meritevolezza della pattuizione, bensì di qualificazione giuridica del contratto: ad esempio, dietro ad una vendita a prezzo irrisorio, vi potrebbe essere una donazione indiretta. Oppure, vi potrebbe essere un intento della parte che va valutato con riguardo all'intera operazione negoziale: la parte può infatti riequilibrare la propria posizione, apparentemente e atomisticamente considerata iniqua, attraverso un vantaggio indiretto derivante dall'intera operazione.

Da quanto esposto, si evidenzia dunque come il controllo sulla volontà della parte venga effettuato attraverso lo strumento della causa in concreto, la quale diviene il mezzo principale per sindacare la giustizia del contratto. Tale controllo è però in un primo tempo escluso, come detto, per quel che concerne l'equilibrio economico del contratto, al di fuori dei casi espressamente tipizzati quali la rescissione e la disciplina dell'usura. L'unico equilibrio sindacabile è quello normativo, ossia quello che determina e segna i diritti e gli obblighi delle parti, derivanti dalla stipulazione. Sono allora diversi i mezzi per sindacare tale equilibrio: oltre alla causa, vi è l'ordine pubblico, l'equità come fonte integrativa del contratto, *ex art.* 1374 c.c. e da ultima la buona fede integrativa<sup>14</sup>, per mezzo della quale, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, è in grado di imporre alla parte una serie di obblighi, anche non contrattualmente previsti, al fine di salvaguardare l'utilità ed in ultima analisi la congruità economica dello scambio contrattuale, in luogo della sua caducazione. Si comprende allora come l'equilibrio normativo postuli un controllo sull'equità del contratto<sup>15</sup>, mentre quello economico sulla proporzionalità. Per vero, il sindacato economico del contratto se in via generale è escluso, è invece timidamente ammesso per la disciplina del Codice del Consumo (Dlgs 206/2005), imposta dall'ordinamento europeo al fine di salvaguardare la parte debole del rapporto tra imprenditore e soggetto privato, ma anche tra soggetti entrambi

---

<sup>14</sup> F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I.

<sup>15</sup> P. PERLINGERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343 ss., M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002.

imprenditori commerciali, mediante la disciplina della Subfornitura<sup>16</sup>. L'art. 34 co II<sup>17</sup> nell'escludere che la vessatorietà possa fondarsi nell'analisi circa l'adeguatezza del corrispettivo (e dunque esclude in via di principio un sindacato economico), in via residuale lo ammette per il caso in cui questo non sia indicato in modo chiaro e comprensivo<sup>18</sup>. Esso rappresenta un primo, timido spiraglio verso il sindacato economico del contratto. Tuttavia da ciò non si può certo ricavare un principio generale in tal senso, posto che, per la dottrina italiana, vi sarebbero tre categorie di contratti, differenti tra loro oltre che per struttura anche per disciplina, di modo tale che quella prevista per uno non possa analogicamente estendersi per l'altro.

Il "primo contratto" è quello previsto dal Codice Civile, che presuppone, come detto, una simmetria tra le parti, le quali contrattano in pari forza. Il "secondo contratto" è quello previsto dal Codice del Consumo, il quale presuppone invece un'asimmetria professionale, informativa, economica tra il professionista (soggetto forte) ed il consumatore (soggetto debole), che si giova dell'intera normativa prevista in sua tutela, volta a colmare il *deficit* di simmetria e forza contrattuale attraverso la disciplina delle clausole vessatorie e della nullità di protezione. In questa tipologia di contratto il sindacato riguarda il momento genetico, volto a tutelare dalle "vendite aggressive" porta a porta, ed i rimedi previsti sono unicamente di tipo caducatorio: la vessatorietà comporta infatti la nullità della clausola e la nullità di protezione pone chiaramente nel nulla, in parte qua, la pattuizione iniqua<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Ci si riferisce ai rapporti B2B, disciplinati per quel che qui interessa, dalla L. 192/1998, in particolare gli artt. 6 e 9 della legge in parola.

<sup>17</sup> L'articolo così recita: "1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. 2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. 3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione europea. 4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. 5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

<sup>18</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C. M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002.

<sup>19</sup> G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 861 e ss.; G. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, p. 464 e ss.; G. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 25 e ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.* 2008, 5, p.15 e ss.

Il “terzo contratto” è invece il c.d. B2B (*business to business*), ossia tra due professionisti, che ancorché tali, sono uno in posizione di debolezza rispetto all’altro. Anche qui viene predisposta, sempre grazie all’influsso della normativa unionale, una normativa a tutela del professionista debole, basti pensare, a titolo esemplificativo, alla normativa sul franchising, ovvero a quella sulla subfornitura, in particolare per quanto riguarda il divieto di abuso di posizione dominante, ed il divieto di pratiche commerciali scorrette. A rilevare è in questi casi lo squilibrio economico, più che normativo del contratto, valutato in fase di esecuzione del contratto, non già nel suo momento genetico. Ecco perché l’origine del sindacato economico sull’equilibrio contrattuale si può dire prenda le mosse dalla disciplina sovranazionale, la quale sanzionando appunto la *gross disparity* anche in un senso economico, impone all’ordinamento interno di trovare soluzioni al fine di riequilibrare il contratto per poterlo mantenere in vita, posto che una sua caducazione potrebbe rappresentare un pregiudizio per la parte debole del rapporto anziché una valida tutela.

Tuttavia, la più recente dottrina sconfessa questa tripartizione, in luogo di una più corretta bipartizione tra contratti simmetrici e asimmetrici, ammettendo solo per questi ultimi un sindacato giudiziale, posto che non sarebbe di ostacolo il dogma della volontà. Lo imporrebbe lo stesso principio solidaristico, di cui all’art. 2 Cost., e le stesse norme sovranazionali che sanzionano, appunto, la *gross disparity*.

Dall’analisi sin d’ora condotta emerge allora che esistono diversi tipi di squilibrio: si è visto lo squilibrio economico, contrapposto a quello normativo, ma vi è anche uno squilibrio genetico, contrapposto ad uno sopravvenuto. Il primo è sindacabile attraverso la teoria della causa in concreto, che è requisito funzionale, non solo genetico del contratto. Ciò comporta che anche le sopravvenienze possano rilevare, non solo quelle tipiche, quali l’impossibilità, *ex art. 1463 e ss. c.c.*, o l’eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex art. 1467 c.c.*, bensì anche quelle atipiche, grazie alla teoria della c.d. “presupposizione”, intesa quale evento futuro ma certo, che le parti hanno posto alla base della loro pattuizione nella decisione di vincolarsi. Se dunque viene meno il presupposto, il contratto dovrebbe risolversi per l’impossibilità di realizzare la causa stessa, *ex art. 1463 c.c.* Le perturbazioni che invece incidono sulla fase esecutiva del rapporto, rientrano nell’ambito di operatività della presupposizione, in modo tale che se la parte non è disponibile al riequilibrio della prestazione divenuta squilibrata in fase esecutiva, verrebbe meno il presupposto funzionale della stipula, comportando un’eccessiva onerosità, che - *ex art. 1467 c.c.* - giustifica la risoluzione del contratto. Come si vedrà di qui a breve, la teoria della presupposizione è stata di recente utilizzata per cercare di imporre un obbligo di rinegoziazione innanzi alle prestazioni divenute usurarie successivamente ad una pattuizione originaria pienamente lecita, al fine di permettere il permanere in vita del contratto, in luogo della sua caducazione, che comporterebbe la restituzione immediata dell’intera somma data a mutuo.

Ulteriore distinzione è quella tra l'equilibrio sostanziale e quello procedurale, inteso non solo in senso normativo, bensì anche economico, ed è proprio in questa distinzione che si innesta un ampliamento del sindacato giudiziale sull'autonomia contrattuale che ha portato da un passaggio sul controllo della volontà ad uno sulla giustizia che non è più solo normativa, bensì anche economica, per di più anche al di fuori dei casi espressamente tipizzati.

Si è detto che l'equilibrio sostanziale economico non sarebbe sindacabile in quanto si risolve in un problema non già di meritevolezza, bensì di qualificazione giuridica, ed ammetterlo, significherebbe negare l'autonomia contrattuale, con conseguente incertezza dei traffici giuridici. Le uniche ipotesi nelle quali esso è ammesso sono tipizzate, basti pensare alla disciplina sulla clausola penale che ammette un potere di riduzione anche d'ufficio da parte del giudice, ove manifestamente eccessiva. Tale sproporzione economica, se non corretta per effetto dell'intervento giudiziale, si risolverebbe altrimenti in una sproporzione anche normativa tra il diritto ad ottenere la penale, in quanto pattuita, e l'obbligo di corrisponderla, nonostante la sua eccessività.

L'equilibrio procedurale invece, sarebbe sindacabile anche se economico. Questo è da tempo pacifico per i casi tipizzati, quali l'approfittamento dello stato di pericolo ovvero di bisogno, rientranti nella previsione tipica della rescissione, altrettanto non pacifica è però la possibilità di sindacare l'equilibrio economico procedurale nei casi non espressamente tipizzati. Tuttavia, tale sindacato lo si sta ammettendo all'interno dell'ordinamento italiano sulla scorta di tre ordini di ragioni. In primo luogo al dogma della volontà si è sostituito quello della solidarietà sociale, ex art. 2 Cost., che assieme all'obbligo di buona fede come regola integrativa generale, impongono di tenere in considerazione anche l'utilità e la posizione contrattuale dell'altra parte, non già il solo interesse personale egoistico. In secondo luogo, non è affatto vero che se le parti sono libere, in una situazione di pari forza, il contratto non può che essere giusto, ciò è smentito dalla stessa previsione di cui all'art. 1384 c.c. che prevede l'intervento suppletivo – riequilibratore del giudice, anche d'ufficio, su una clausola del contratto, la penale appunto, ancorché oggetto di libera pattuizione di entrambe le parti. In terzo luogo la stessa disciplina comunitaria permette di sanzionare in via generale la c.d. *gross disparity*, mediante l'annullamento, ovvero la nullità. Ciò che però è importante notare, è che oggi l'equilibrio economico è sindacabile anche nei casi non espressamente tipizzati, e ciò è confermato proprio dall'intervento giudiziale avutosi ad opera della Corte Costituzionale a proposito della caparra confirmatoria, che di qui a breve si analizzerà. A differenza della clausola penale, per questa non vi è un articolo quale il 1384 c.c. che legittima un intervento giudiziale riequilibratore, tuttavia la giurisprudenza lo ha permesso. Si è detto che così è venuta meno l'autonomia contrattuale e la libertà di iniziativa economica, stante un simile potere incisivo di controllo giudiziale.

Per vero, una parte più conservativa della dottrina ha obiettato che rimarrebbe ferma la distinzione tra contratti simmetrici e asimmetrici. Per i primi permarrrebbe l'impossibilità di questo tipo di sindacato, mentre per i secondi vi sarebbe la presunzione che l'asimmetria ha influenzato la volontà contrattuale e dunque si ammette un intervento giudiziale volto al riequilibrio, anche economico.

Un diverso e più progressista orientamento ritiene invece che lo squilibrio economico rilevi in entrambi i casi, ma a rilevare non è solo quello sostanziale, bensì anche quello procedurale, che si traduce poi negativamente anche sul piano sostanziale. Ecco dunque che l'ingiustizia, sia economica che normativa, non rileva sempre e di per sé, bensì solo nei casi in cui vi è un'asimmetria procedurale che ha inciso sulla volontà, portando alla formazione di un contratto sostanzialmente iniquo.

Se quindi si è ammesso un sindacato giudiziale anche sull'equilibrio economico, ed altresì nelle ipotesi non espressamente tipizzate, attraverso un sindacato procedurale, volto appunto a vagliare se l'approffittamento di uno stato di bisogno si sia tradotto in una contrattazione iniqua sul piano sostanziale, al di là dei casi espressamente tipizzati, rimane da interrogarsi sul potere che il giudice ha una volta riscontrato. Ossia ci si chiede se esso abbia un potere solo caducatorio, ovvero anche manutentivo, con ciò permettendogli di mettere mano alla pattuizione contrattuale sostituendosi alle parti in una sorte di "rinegoziazione giudiziale d'ufficio". Del primo tipo di potere si ha conferma nella recente pronuncia della Corte Costituzionale a proposito della caparra confirmatoria iniqua, del secondo tipo di controllo si ha conferma in materia di "usura sopravvenuta" che di qui a poco si analizzerà e che rappresenta l'ultimo baluardo dell'evoluzione giudiziale sul sindacato economico del contratto nonché sugli obblighi di rinegoziazione.

### **III. Ipotesi pratiche attuali: la caparra confirmatoria e la così detta "usura sopravvenuta" alla luce dell'art. 2 Cost. e dei principi del Diritto dell'Unione Europea.**

Prima di iniziare ad analizzare nello specifico i due casi poc'anzi menzionati che testimoniano espressamente la tendenza sistematica in parola, si evidenzia che tale nuovo tipo di riequilibrio è certamente influenzato dai principi Unidroit<sup>20</sup>, ed in particolare dagli artt. 6.2.1<sup>21</sup>, 6.2.2.<sup>22</sup>, 6.2.3<sup>23</sup>, dai Principi Lando (PECL) all'art. 6:111

---

<sup>20</sup> BERGER, *The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria*, *Revue de Droit Uniforme / Uniform Law Review*, 2000-1, pag. 153.; Id. *Excuse for non-Performance in the light of Contract Practices in International Trade*, 63 *Columbia Law Review*, 1963, pag. 1437; BONELL, *Force majeure e hardship nel Diritto Uniforme della Vendita Internazionale* *Diritto Commerciale Internazionale*, 1990, pag. 543; Id. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, *Revue de Droit Uniforme / Uniform Law Review*, 1996, pag. 229.

<sup>21</sup> Tale articolo sancisce che in conseguenza del principio dell'obbligatorietà del contratto (1.3.), l'adempimento finché è oggettivamente possibile deve essere effettuato, ancorché possa comportare oneri per la parte adempiente, o non le permetta di raggiungere il vantaggio che si era prefissato. Esso dispone

n. 2<sup>24</sup>, ma anche l'art. 4.109<sup>25</sup>, i quali hanno in modo nuovo imposto di ripensare i crismi della rinegoziazione scardinando i tradizionali limiti del sistema nazionale, nell'ottica di implementare e rendere maggiormente sicuri i traffici commerciali. Ciò non solo per quanto riguarda la contrattazione internazionale, bensì anche nazionale, per il tramite della garanzia di una certa "flessibilità contrattuale" nell'affrontare le sopravvenienze impreviste squilibranti, a discapito certo del tradizionale brocardo *pacta sunt servanda*, ma a favore della considerazione che esso può essere ad oggi ancora valido solo se permangono le originarie condizioni economiche/normative, secondo lo speculare brocardo *rebus sic stantibus*<sup>26</sup>. Diversamente, la tutela manutentiva passa necessariamente attraverso un solidale obbligo di rinegoziare le condizioni economiche originarie.

Invero, dopo avere sancito il principio dell'obbligatorietà del contratto (1.3.), tali principi si preoccupano di prevedere un'eccezione di modo tale da relativizzare il principio in parola laddove sopraggiungano circostanze che rendano il contratto squilibrato, secondo quanto disposto dal successivo art. 6.2.2. Deve trattarsi di eventi successivi alla conclusione del contratto, imprevisti o imprevedibili, che alterano l'equilibrio sostanziale della prestazione, sempre che la parte non abbia deciso di assumere tale rischio, stipulando ad esempio un contratto per sua natura aleatorio. La

---

che "se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*". Tuttavia, il principio di obbligatorietà del contratto non è assoluto, laddove sopraggiungano circostanze che rendano il contratto squilibrato, secondo quanto disposto dal successivo art. 6.2.2. Deve trattarsi di eventi successivi alla conclusione del contratto, imprevisti o imprevedibili, che alterano l'equilibrio sostanziale della prestazione, sempre che la parte non abbia deciso di assumere tale rischio, stipulando ad esempio un contratto per sua natura aleatorio. La parte potrà così vedere giustificato il proprio inadempimento ovvero decidere di rinegoziare il contratto per ricondurlo ad equilibrio.

<sup>22</sup> Esso stabilisce che ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto, b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto, c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata, d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

<sup>23</sup> Esso stabilisce che innanzi ad un'ipotesi di *hardship*, "[...] la parte svantaggiata ha il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza giustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. 1. La richiesta di rinegoziazione non dà di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. 2. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. 3. Il giudice se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship* può, ove il caso, a) risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire oppure b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio.

<sup>24</sup> Esso stabilisce che le parti hanno l'obbligo di avviare trattative allo scopo di modificare il contratto ovvero di porvi termine. Così confermando che i rimedi attuabili non sono solo quelli caducatori, bensì anche manutentivi, seppur si renda necessario mettere mano al contratto, per opera delle parti ovvero del giudice, al fine di riequilibrarlo da un punto di vista economico.

<sup>25</sup> Esso prevede la sanzione dell'annullabilità del contratto o delle singole clausole che diano luogo ad un "ingiusto profitto" o un "vantaggio iniquo".

<sup>26</sup> TERCIER, *La 'Clausula rebus sic stantibus' en droit duisse des obligations*, 7 Journal des Tribunaux 193, 1979, pag. 194.

parte potrà così vedere giustificato il proprio inadempimento ovvero decidere di rinegoziare il contratto per ricondurlo ad equilibrio.

Il primo caso interessante per la presente analisi è certamente dato dalla recente pronuncia della Corte Costituzionale italiana 2 aprile 2014 n. 77 la quale espressamente ammette un controllo giudiziale sull'equità economica della caparra confirmatoria<sup>27</sup>. Un simile meccanismo esiste già nell'ordinamento italiano a proposito del potere del giudice di ridurre anche *ex officio* una penale manifestamente eccessiva, ancorché lecitamente pattuita tra i contraenti *ex art.* 1384 c.c. Il tradizionale liberismo economico e la signoria della volontà devono infatti oggi conciliarsi con il principio di solidarietà, *ex art.* 2 Cost, con il principio di buona fede e con il divieto di abuso del diritto, sull'assunto secondo il quale ancorché le parti sono libere al momento della contrattazione, e in una situazione di pari forza, ciò non toglie che esse possano avere stipulato un contratto economicamente squilibrato. Del resto la stessa disciplina comunitaria sanziona le c.d. *gross disparity*, soprattutto in campo consumeristico. L'ordinamento tedesco (art. 138 co II BGB) arriva a sanzionare tali casi non solo con l'annullamento bensì addirittura con la nullità. Gli stessi ordinamenti tedesco<sup>28</sup>, inglese<sup>29</sup>, francese<sup>30</sup>, danno rilevanza alla *gross disparity*, mentre l'ordinamento

---

<sup>27</sup> La maggior parte della dottrina escludeva il potere di riduzione giudiziale della caparra, P. RESCIGNO, vol. 3, *Obbligazioni*, Tomo II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 694; A. CATAUDELLA, *I contratti – parte generale*, IV ediz., Torino, 2014, 156-157; Propendono invece per l'opposto indirizzo C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 232; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 363, nota 11; M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 202, nota 46;

<sup>28</sup> Il BGB del 1900 al § 138 (2) dispone che: "Una transazione è invalida quando una parte, con sfruttamento dello stato di necessità, inesperienza, mancanza di abilità a trattare o grave debolezza di volontà dell'altro, ha promesso o ha acquistato, per sé o per una terza parte, vantaggi economici il cui valore eccede il valore della sua prestazione nella misura in cui, date le circostanze, ci sia una stupefacente sproporzione tra essi".

<sup>29</sup> La dottrina dell'*undue influence* che è la dottrina cui più spesso ci si riferisce in materia di giustizia contrattuale risale alla fine del XIX secolo ed è stata sviluppata dalle Corti di *Equity*. Ci sono a tal riguardo due tipi di *undue influence*: il primo è *actual undue influence* e il secondo è *presumed* o *relational undue influence*. La prima ha riguardo ai casi di contratti stipulati sotto un comportamento che non raggiunge il livello di violenza, e senza l'abuso di una relazione di fiducia, la seconda dà rilievo all'influenza ingiustificata di una parte sull'altra, senza considerare lo squilibrio tra le prestazioni. FURMSTON, *Law of Contracts*, Londra - Edinburgh - Dublin, 1996, pag. 325., BURNS, *Undue Influence Inter Vivos*, and the Elderly 26 *Melbourne University Law Review*, 2002, pag. 503 ss.

<sup>30</sup> Vige nell'ordinamento francese la teoria dell'*imprévision*. Essa è un termine generico che designa una situazione nella quale un contratto è squilibrato per il sopraggiungere di un avvenimento che le parti non avevano previsto al momento della conclusione. Il nuovo articolo 1195 del Codice Civile è ora alla soluzione attuale, affermando che "Se un cambiamento di circostanze imprevedibili al momento della conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumere tale rischio, essa può chiedere una rinegoziazione del contratto. Questa continua a adempiere ai propri obblighi durante la rinegoziazione". Prosegue poi sancendo che in caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare di risolvere il contratto, o chiedere di comune accordo al giudice di riequilibrarlo. In mancanza di accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, su richiesta di una delle parti, rivedere il contratto o le condizioni fissate. (Ord. n. 2006-131 del 10 febbraio 2016). DRAETTA, *Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans Les Contrats Internationaux*, 15 *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, pag. 297; FONTAINE, *The Unidroit Principles: An Expansion of Current Contract Practice?* in *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their use in International Arbitration, Special Supplement*– ICC

anglosassone permette il controllo giudiziale sul contenuto contrattuale attraverso il rilievo dell'*adequacy of consideration*, ovvero all'adeguatezza delle prestazioni, giudicata fondamentale affinché vi sia una valida causa per obbligarsi.

Ecco dunque che il giudice italiano, innanzi ad una caparra manifestamente eccessiva può mettere mano al contratto non già riducendola mediante un meccanismo analogo a quanto previsto per la penale all'art. 1384 c.c., bensì dichiarandone la nullità per contrarietà della stessa alla buona fede contrattuale quale norma imperativa ed all'art. 2 Cost., essendo essa una norma immediatamente precettiva. E ciò, lo si sottolinea, a prescindere dalla sussistenza di un comportamento fraudolento che ha portato una parte ad approfittare dello stato di debolezza dell'altra al fine di imporre condizioni inique, posto che il meccanismo opera anche innanzi ad una clausola contrattuale che prevede la caparra perfettamente e liberamente pattuita per concorde volontà delle parti. Si è detto allora che permettendo tale potere non solo manutentorio bensì anche cassatorio del giudice sarebbe venuta meno l'autonomia contrattuale.

Se si considera però che la disciplina comunitaria e consumeristica fa sempre riferimento ad un'ingiustizia frutto di un'asimmetria che si è tradotta negativamente sul programma negoziale, e dunque si riferisce ad un'ingiustizia che non rileva di per sé, bensì per effetto di una procedimentalizzazione in qualche modo scorretta, l'ordinamento italiano sembra andare addirittura oltre: consente infatti al giudice di imporre un riequilibrio economico alla stipulazione ancorché essa sia stata in origine lecita, processualmente corretta, ossia priva di situazioni abusive<sup>31</sup>, e dunque priva di un approfittamento dello stato di debolezza della controparte. È questo il caso della cosiddetta usura sopravvenuta.

Invero, non esiste a livello europeo una disciplina armonica in materia di usura sopravvenuta, alcuni paesi sono del tutto privi di una regolamentazione volta a prevedere dei tetti massimi ai tassi di interesse. Negli USA vi è una disciplina tesa alla tutela della parte debole del rapporto, caratterizzata però da una serie di eccezioni a seconda della sede principale del finanziatore ovvero a seconda dei concreti bisogni del consumatore. Nel primo caso si permette al finanziatore insediato in uno stato diverso da quello del consumatore che con esso stipula il contratto di fare applicazione del diverso (e maggiore) tasso di interesse consentito dallo stato nel quale ha insediato la propria sede principale (*must favorite lender doctrine*), nel secondo caso si escludono dalla disciplina anti usura le persone giuridiche, in quanto considerate incapaci di essere "soggetti deboli" al pari delle persone fisiche (*corporate exemption doctrine*). Si è

---

International Court of Arbitration Bulletin, 2002, pag. 95; MOURALIS, *Imprévision in Encyclopédie Juridique*, Parigi, civil, t. 5, 1989, pag. 5.

<sup>31</sup> L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Studio Preliminare, Perugia, 1979, p. 10 e ss.; A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia del contratto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, p. 705 e ss.; per un approfondimento si veda I. MARTINELLI, *La tutela del contraente debole: rimedi contrattuali*, in AA. VV., *Il Diritto Privato dell'Unione Europea, temi e questioni*, a cura di F. CASUCCI, Napoli, 2007.



comunque pervenuti in tempi recenti a configurare una scriminante di tipo soggettivo di modo tale da valutare l'effettiva esperienza e conoscenza tecnica del soggetto finanziato, a prescindere dal fatto che agisca per scopi di tipo professionale o commerciale, ovvero sia consumatore. La Francia si caratterizza per concepire l'usura in termini sostanzialmente oggettivi, anch'essa esclude dall'ambito della tutela le persone giuridiche che esercitano attività commerciale o finanziaria (L. 721/2003) e, da ultimo, anche gli imprenditori individuali (L. 882/2005). La Gran Bretagna è priva di una specifica disciplina in materia di usura. L'ordinamento tedesco applica il § 138 del BGB che prevede la nullità dei contratti contrari al buon costume, nei quali cioè la parte approfitta dello stato di bisogno dell'altra al fine di trarre vantaggi sproporzionati, sempre che, oltre ad un requisito oggettivo dato dall'eccessivo squilibrio, ricorra il requisito soggettivo dell'intenzionalità e consapevolezza dello sfruttamento dello stato di bisogno.

L'usura è invece compiutamente disciplinata all'interno dell'ordinamento italiano. Più nel dettaglio, esistono cinque *tipologie* di usura. Oltre all'usura civile, e all'usura penale, genericamente intese, è possibile individuare sottofattispecie di usura. La prima è l'usura pecuniaria, che si determina quando la pattuizione è collegata alla dazione di una somma di denaro e differisce dall'usura reale che si ha quando il soggetto pretende un interesse usurario come remunerazione di una prestazione diversa dalla dazione di denaro<sup>32</sup>. L'usura pecuniaria può essere "ad interesse", quando vi è il prestito di denaro, in cambio di interessi ovvero "non ad interesse" quando in cambio della dazione di denaro si riceve qualcosa diverso dagli interessi. L'usura può poi essere originaria, quando nel valutare il carattere ingiusto si guarda al momento della *pattuizione* o della promessa di interessi, oppure sopravvenuta, per l'appunto, che si ha quando per valutare l'usurarietà si ha riguardo al momento della *dazione*. L'usura può poi essere oggettiva, ed essa si determina per il solo fatto che il vantaggio pecuniario supera la soglia, senza bisogno di valutare condizioni soggettive, quali ad esempio lo stato di bisogno del

---

<sup>32</sup> Ai fini del calcolo dell'usurarietà degli interessi ci si è chiesti se rilevino i soli interessi corrispettivi ovvero questi si sommino ai moratori. Gli interessi corrispettivi hanno una funzione compensativa, mentre quelli moratori hanno una funzione sanzionatoria e rispondono al principio di autoreponsabilità del debitore per il ritardo con il quale adempie l'obbligazione pecuniaria. La giurisprudenza ha da sempre affermato che nel calcolo dell'usura si ha riguardo ai soli interessi corrispettivi, non anche a quelli moratori. Posto che solo i primi sono effettivi, mentre i secondi sarebbero virtuali ed eventuali, dovuti solo ove vi sia inadempimento. Un diverso approccio (Cass. n. 350 del 2013) ha ritenuto invece che si debbano calcolare sia gli interessi corrispettivi che i moratori, stante l'identità di funzione che essi svolgono: ossia reintegrare il creditore del danno derivante dall'indisponibilità del denaro. Il fatto è confermato anche dalla stessa previsione di cui all'art. 1224 co I c.c., in forza del quale si prevede che se le parti hanno convenuto gli interessi corrispettivi ma non i moratori, allora questi sono dovuti nella stessa misura. Sarebbe in altre parole il legislatore stesso ad equiparare i due tipi di interessi. Per vero si potrebbe muovere una critica: se è vero che in ultima analisi hanno la stessa funzione riparatoria, in realtà, l'interesse corrispettivo ripara un danno giusto perché il creditore si è volontariamente spogliato del denaro, mentre l'interesse moratorio riparerrebbe un danno ingiusto, posto che deriva dall'indisponibilità del denaro per effetto del comportamento antigiuridico del debitore. A dirimere il contrasto parrebbe soccorrere la Relazione di accompagnamento al Codice Civile la quale statuisce che si considerano usurari gli interessi convenuti a *qualsiasi titolo*. Ne deriverebbe che è volontà stessa del legislatore dare rilevanza ai fini del calcolo dell'usura tanto agli interessi corrispettivi, quanto a quelli moratori.

debitore, oppure può essere soggettiva, quando oltre al vantaggio sproporzionato si ha riguardo al dolo del creditore inteso quale approfittamento dello stato di bisogno del debitore.

L'usura, nella sua fattispecie principale è *originaria* ed *oggettiva*. Ai fini della sua configurazione rileva dunque il momento della pattuizione e si determina per il solo fatto che si supera la soglia stabilita dal tasso di interesse, a nulla rilevando né lo stato soggettivo del debitore, né l'approfittamento del creditore. L'usura oggettiva è la sola usura pecuniaria ad interessi la quale rientra nel campo di applicazione dell'art. 1815 co II c.c., mentre l'usura pecuniaria non ad interessi e l'usura reale (non pecuniaria) rientrano nello spettro di applicazione dell'art. 1448 c.c. e pertanto rientrano nella fattispecie di usura "soggettiva" per la quale assume rilevanza l'approfittamento del creditore, e lo stato di bisogno del debitore.

L'usura originaria trova la propria risposta sanzionatoria all'art. 1815 co II c.c. ossia la nullità testuale parziale. Ma tale nullità colpisce la pattuizione usuraria, in quanto illecita, mentre per il fenomeno dell'usura sopravvenuta la pattuizione è *ab origine* lecita, in quanto inferiore al tasso soglia, diventa illecita in quanto usuraria per effetto di una modifica al ribasso del tasso durante l'esecuzione del rapporto obbligatorio, tale da determinare l'illiceità non più della pattuizione, bensì della dazione. È dunque la prestazione di interessi ad essere divenuta usuraria, non l'accordo. Già il legislatore nel 2000 si era posto il problema, e con legge di interpretazione autentica, all'art. 1 DL 394/2000, stabilisce che al fine di poter applicare gli artt. 644 c.p. e 1815 co II c.c. si ha riguardo ai soli interessi che superano il limite nel momento in cui sono promessi o convenuti, indipendentemente dall'usurarietà che li colpisce alla data in cui dovrebbero essere corrisposti. L'art. 1815 c.c. recita infatti testualmente "se sono *convenuti* interessi usurari". Poiché si menziona la sola convenzione, si fa allora riferimento unicamente all'accordo, non già alla sua esecuzione. Ne deriva che l'usura sopravvenuta non rilevando ai sensi dell'art. 1815 co II c.c., non può essere sanzionata con la nullità testuale parziale. Invero, la parzialità della nullità è anomala, nel senso che essendo la clausola sugli interessi fondamentale, la sua nullità dovrebbe comportare la nullità dell'intero contratto. Tuttavia, se così fosse, il debitore si troverebbe in una posizione peggiore, essendo venuto meno il contratto dovrebbe infatti restituire l'intero ammontare. Ecco perché l'ordinamento prevede la nullità della sola clausola, con la conseguenza che non sono dovuti interessi. Si ha così una nullità testuale parziale sanzionatoria, in quanto colpisce il creditore che non riceve alcun interesse, nonostante il suo comportamento non possa dirsi ingiusto, avendo egli *ab origine* contenuto la pattuizione sugli interessi entro il limite del tasso soglia.

Ora, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, per meglio comprendere il fenomeno dell'usura sopravvenuta<sup>33</sup>, è bene ripercorrere le caratteristiche dell'istituto, il quale è

---

<sup>33</sup> B. INZITARI, *Profili di diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, p. 327 e ss.; Id., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del cod. civ.*, A. Scialoja - G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma,

disciplinato non solo a livello penale, all'art. 644 c.p., bensì anche a livello civile all'art. 1815 co II c.c.

L'usura sopravvenuta si verifica quando la pattuizione degli interessi supera il tasso soglia trimestralmente individuato – divenendo così usuraria - in un momento successivo rispetto alla pattuizione degli stessi, e soprattutto per effetto di una sopravvenienza totalmente indipendente dalla volontà e parimenti dal comportamento delle parti<sup>34</sup>. È evidente che per effetto di tale sopravvenienza indipendente dalla volontà delle parti il creditore ha in via astratta il diritto di pretendere la corresponsione degli interessi, ancorché essi siano divenuti usurari, ma se agisse in tal modo soddisferebbe in modo egoistico il proprio interesse, in netto contrasto con gli obblighi solidaristici posti a fondamento dell'obbligazione di buona fede stessa.

Egli al contrario, pur potendo vantare interessi *ab origine* non usurari, in quanto pattuiti in una misura inferiore al tasso soglia, dovrebbe solidalmente esimersi dal pretendere quella parte di interessi divenuta superiore ad esso, modificatosi al ribasso rispetto a quello originario. Si tenga infatti presente che il contratto di mutuo, in relazione al quale appunto vengono convenuti interessi per il capitale dato a prestito, è un contratto di durata, e, poiché il tasso soglia viene determinato trimestralmente, può accadere una variazione al ribasso ovvero al rialzo durante la fase di esecuzione del contratto, modificando così il contesto economico entro il quale il contratto deve essere eseguito e determinando eventualmente l'usura sopravvenuta. Proprio per effetto delle sopravvenienze, che costituiscono il rischio tipico dei contratti di durata, il debitore si troverebbe a dover sopportare gli effetti negativi dell'attualizzarsi di questo rischio (in origine solo potenziale), dovendo pagare un tasso soglia divenuto - appunto per effetto della sopravvenienza normativa che lo ha variato - usurario. Per scongiurare ciò, e cioè per evitare che sia il debitore a sopportare per intero la sopravvenienza, l'ordinamento consente di riallocare il rischio sopravvenuto realizzatosi, in modo tale da ristabilire l'equilibrio del sinallagma, attribuendo al debitore una serie di rimedi, ancorché non vi

---

2011, 94 ss.; T. ASCARELLI, *La moneta*, in Comm. A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1959, 59 e ss. per un approfondimento sulla smaterializzazione del denaro ed i suoi effetti, si veda, Sezioni Unite, 18.12.2007, n. 26617, in *Corriere Giur.*, 2008, 500 ss.; T. DALLA MASSARA, *Le obbligazioni pecuniarie, Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 43 ss.

<sup>34</sup> Ai fini del calcolo dell'usurarietà degli interessi ci si è chiesti se rilevino i soli interessi corrispettivi ovvero questi si sommino ai moratori. Gli interessi corrispettivi hanno una funzione compensativa, mentre quelli moratori hanno una funzione sanzionatoria e rispondono al principio di autoresponsabilità del debitore per il ritardo con il quale adempie l'obbligazione pecuniaria. La giurisprudenza ha da sempre affermato che nel calcolo dell'usura si ha riguardo ai soli interessi corrispettivi, non anche a quelli moratori. Posto che solo i primi sono effettivi, mentre i secondi sarebbero virtuali ed eventuali, dovuti solo ove vi sia inadempimento. Un diverso approccio (Cass. Civ., n. 350 del 2013) ha ritenuto invece che si debbano calcolare sia gli interessi corrispettivi che i moratori, stante l'identità di funzione che essi svolgono: ossia reintegrare il creditore del danno derivante dall'indisponibilità del denaro. È noto a proposito il contrasto tra Cassazione e Arbitrato Bancario Finanziario sulla rilevanza degli interessi moratori ai fini del calcolo dell'usura. La prima è favorevole a considerarli al fine di valutare il superamento del tasso soglia, mentre il secondo è contrario.

sarebbe a rigore alcun obbligo giuridico in tal senso per il creditore derivante dal contratto di mutuo stipulato *ab origine* in modo lecito.

Al riguardo l'ordinamento stabilisce una presunzione assoluta: l'interesse convenuto che supera il tasso massimo stabilito dalla legge è oggettivamente usurario e dunque sproporzionato. L'usura realizza una sproporzione tra le prestazioni portando ad un disequilibrio del sinallagma contrattuale ed essa deriva dalla maggior forza contrattuale del creditore che è in grado imporre al debitore un interesse usurario. Con l'usura sopravvenuta, il creditore pur potendo pretendere astrattamente un maggiore introito economico, derivante da un tasso di interesse pattuito in origine inferiore rispetto alla soglia sopravvenuta che ne fissa il nuovo limite usurario, deve sopportare una parte di "danno" derivante dal fatto che si sono modificate *in peius* ed *ex lege* le condizioni economiche dell'accordo, provocando una dazione che se effettuata, sarebbe illecita in quanto usuraria perché divenuta superiore al tasso soglia variato al ribasso. Ne deriva che, per effetto del nuovo limite usurario, il creditore sarà costretto a guadagnare di meno in termini di interessi e a farsi carico dello squilibrio economico contrattuale sopravvenuto riportando un danno non già *sub specie* di decremento patrimoniale, bensì di mancato incremento. Allo stesso tempo il debitore ha il vantaggio di poter conservare l'obbligazione pecuniaria, ancorché divenuta usuraria, anziché vederla caducata. È una sorta di compromesso sociale che vuole prendersi carico della parte più debole del rapporto, il debitore, al fine di tutelarlo da un'obbligazione divenuta squilibrata. È allora evidente che tale squilibrio, nel caso dell'usura sopravvenuta, è interamente posto a carico del creditore proprio per il principio del *favor debitoris* che è alla base dell'intera disciplina delle obbligazioni pecuniarie e che esplica la sua portata nel principio nominalistico *ex art. 1277 c.c.*

Ci si vuole dunque interrogare sui possibili rimedi a disposizione del debitore per il caso in cui il creditore violi la clausola di reciprocità e di solidarietà sociale, pretendendo interessi divenuti usurari anziché adempiere al suo obbligo solidaristico di riequilibrare il contratto.

Si è esclusa la via della nullità testuale, per i motivi poc' anzi esposti. Ci si chiede allora se possa percorrersi la via della "nullità virtuale *sopravvenuta*", considerando la norma di legge che stabilisce il tetto massimo dell'interesse dovuto come una norma imperativa. Si deve necessariamente parlare di nullità "sopravvenuta" posto che non vi è nullità in origine, ossia al momento della pattuizione, ma essa si annida nella fase di esecuzione del contratto, quando l'interesse, per la variazione del tasso soglia, è divenuto usurario. Tuttavia, se la soluzione potrebbe essere compatibile con l'esigenza di salvaguardare da un lato la sfera del creditore, che non potrebbe essere sanzionato per il fatto che *ab origine* la clausola è lecita, e la sfera del debitore, che non può essere costretto a corrispondere interessi usurari, sconta il limite della difficile ipotizzabilità di una "nullità sopravvenuta", oltre che l'impossibilità di operare del meccanismo di sostituzione automatica di clausole. Tale meccanismo comporta la sostituzione della

misura dell'interesse usurario con la misura dell'interesse legale. Tuttavia, perché si verifichi la sostituzione della clausola nulla automaticamente, è necessaria una norma precettiva positiva, non già una norma negativa, quale quella che si limita a stabilire che il tasso di interesse non deve superare una certa soglia, la quale difficilmente può integrare il contratto. Essa non stabilisce la misura dell'interesse, bensì la misura massima di esso. Rimane poi il problema della nullità sopravvenuta: essa è un fenomeno genetico, che riguarda la struttura del contratto, ed infatti il giudizio di nullità è originario, definitivo e irreversibile. Non si può pertanto parlare di "nullità sopravvenuta", semmai di "inefficacia sopravvenuta".

A fondamento della tesi dell'inefficacia sopravvenuta vi è implicito un ragionamento che si basa sulla segmentazione del contratto. La formazione di esso può scindersi in due fasi: il contratto come fonte, atto, accordo e il contratto come effetto, come esecuzione di una o più prestazioni da eseguire. La nullità guarda al momento genetico del rapporto, mentre l'efficacia, e per converso, l'inefficacia, alla fase di esecuzione del contratto. Ecco dunque che l'inefficacia può essere vista come una sorta di "sterilizzazione" della clausola quando la sua stipula è valida ed efficace ma la sua esecuzione è divenuta *contra legem*. In questo caso non può operare il meccanismo di sostituzione automatica di clausole, in quanto esso postula quale presupposto la nullità. Allora l'unica conseguenza possibile scaturente dall'inefficacia sopravvenuta è che gli interessi oggetto di pattuizione non siano dovuti. Se dunque nulla è dovuto, si perviene allo stesso effetto della nullità testuale parziale sanzionatoria. Per cercare di sostenere la tesi si dovrebbe far ricorso alla teoria della presupposizione: le parti al momento della stipula del contratto, (*rectius* della clausola) presuppongono che la misura dell'interesse convenuto sia inferiore all'usura e rimanga tale per tutta la durata dell'esecuzione del contratto. È una sorta di presupposto tacito non espresso. Nel momento in cui diviene usuraria la clausola, viene meno il presupposto su cui essa si basa, che è presupposto di efficacia, determinandone l'inefficacia, appunto.

In questo modo però, l'usura sopravvenuta finisce per essere trattata come un'usura originaria<sup>35</sup>. Ciò è iniquo, in quanto se vi è ragione di sanzionare il creditore che abbia

---

<sup>35</sup> Per un approfondimento sul tema: Cass. Civ., sez. III, 11 gennaio 2013 n. 892. Tribunale di Roma, sez. IV, 16 settembre 2014. A favore della tesi dell'ammissibilità dell'usura sopravvenuta la pronuncia ABF Collegio di Roma, decisione 620, 29 febbraio 2012, "il superamento del tasso soglia sopravvenuto all'entrata in vigore della legge n.108 del 1996 non determina la configurazione del reato di usura, né comporta la nullità della relativa clausola contrattuale ai sensi dell'art. 1815, comma 2 c.c.. Tuttavia, il Collegio ritiene che l'applicazione dei tassi superiori alla soglia di usura, benché non sanzionabile, sia tuttavia in contrasto con l'art. 2 della citata legge n. 108/1996, norma imperativa sopravvenuta ispirata ad un generale principio di non abuso del diritto, che impone l'adeguamento degli interessi a suo tempo stipulati in modo che non risultino in contrasto con la norma stessa (cfr. in tal senso Trib. Milano 15.10.2010). L'applicazione di interessi superiori alla soglia di usura, dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996, evidenzia altresì un comportamento contrario a buona fede, sicché anche sotto questo profilo si impone una rideterminazione degli stessi entro i limiti della soglia di usura". *Contra*, Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di Milano, secondo il quale sarebbero "irrilevanti, al fine di verificare se gli interessi applicati siano usurari, le eventuali variazioni che intervengano nella determinazione periodica dei tassi soglia (...). Ne consegue che gli interessi, che al momento della stipula del contratto

*ab origine* posto in essere una clausola nulla per usurarietà degli interessi, sfruttando la propria posizione di forza e agendo in modo anti solidale, violando il cardine costituzionale dell'art. 2 Cost., per non aver tenuto in considerazione anche la sfera del soggetto controparte del rapporto obbligatorio, altrettanto non vi è però ragione di sanzionarlo ove la sproporzione di interessi sia frutto di una modifica normativa del tasso di interesse intervenuta in corso di esecuzione. Quella stessa clausola di solidarietà che permette di sanzionare il creditore per l'usura sopravvenuta al fine di tutelare il debitore, opera in questo caso come baluardo dell'esigenza di bilanciare opposti interessi: quello del creditore a vedersi corrisposti interessi in misura almeno pari a quella legale, e quello del debitore a non vedersi costretto ad adempiere ad una clausola sì pattuita, ma divenuta usuraria. Ecco che la solidarietà sociale *ex art. 2 Cost., sub specie* di reciprocità sociale, non può condurre ad un rimedio caducatorio con l'effetto di rendere del tutto subvalente l'interesse creditorio, bensì deve portare ad un rimedio manutentivo, salvo l'obbligo del creditore di rinegoziare. È del tutto evidente allora che il creditore alla luce dell'art. 2 Cost., è costretto a "subire" il danno provocatogli dall'abbassamento del tasso soglia che ha fatto divenire usurari gli interessi legittimamente pattuiti. È ovvio che vi è un mancato incremento patrimoniale dato dalla differenza tra il tasso (ora usurario) pattuito, e quello corrisposto dopo l'abbassamento del tasso soglia. Questa perdita economica deve essere sopportata dal creditore, al fine di tutelare la parte debole del rapporto contro il duplice rischio di dover corrispondere altrimenti un interesse usurario, ovvero quello di dover restituire l'intera somma data a mutuo, ove operasse il rimedio caducatorio.

D'altro canto si consideri che vi sarebbe un rimedio codificato dallo stesso legislatore per le ipotesi di squilibri contrattuali sopravvenuti: ossia la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex art. 1467 c.c.* Ma la stessa rappresenterebbe comunque un rimedio caducatorio, comportando un obbligo di restituzione dell'intero ammontare, con pregiudizio posto a carico del debitore. Ecco allora che l'unica via percorribile è l'obbligo di rinegoziazione.

Durante la fase di esecuzione del contratto, qual è quella di pagamento dell'obbligazione pecuniaria, vige infatti l'obbligo di buona fede *ex art. 1337 c.c.* il quale comporta per il creditore l'obbligo di rinegoziare ove l'interesse sia divenuto usurario. La buona fede, come precedentemente visto, può infatti essere fonte di integrazione del contratto e dunque può imporre un obbligo, quale quello di rinegoziazione. Se però a livello teorico la tesi potrebbe reggere, da un punto di vista

---

che li contempla non sono usurari, non possono in alcuno modo divenire tali in un momento successivo. Ciò si evince chiaramente anche dal disposto dell'art. 1815, II comma, cod. civ., che commina la nullità, originaria, della clausola con cui sono convenuti interessi usurari. L'indagine deve quindi essere condotta verificando la legittimità degli interessi che erano stati stipulati nel contratto". Si veda anche Collegio di Napoli, n. 125/2014, Collegio di Roma, 17 gennaio 2014 n. 260.

E ancora, Cass. Civ., 3 aprile 2009, n. 8138, in *Giut. Civ. Mass.* 2009, 4, 581; Cass. Civ. 17 luglio 2008, n. 19698, in *Giut. Civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1165; Cass. Civ. 19 marzo 2007, n. 6514, in *Giut. Civ.* 2008, 10, 2252; Cass. Civ. 30 novembre 2007, n. 25016, in *Giuda al diritto*, 2008, 3, 65.

pratico è doveroso osservare che tale obbligo non è coercibile. Di talché, qualora il creditore non adempia spontaneamente, l'unica via è la risoluzione del contratto con il conseguente obbligo restitutorio da parte del debitore. Per vero, una parte della dottrina ammette invece l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziazione, ex art. 2932 c.c., attribuendo così al giudice il potere di rideterminare la clausola entro la soglia massima stabilita dalla legge. Tuttavia tale rimedio dovrebbe dirsi ammesso ove vi sia alla base una "compiuta" volontà delle parti, che, essendo già manifestata ma rimasta inattuata, ne postuli solo un'attuazione coercitiva per effetto dell'intervento giudiziale, come accade nei rapporti tra contratto preliminare e definitivo. Nell'ipotesi in esame però le parti non hanno previsto il superamento del tasso soglia, e dunque non hanno manifestato alcuna volontà in merito alla nuova quantificazione degli interessi dovuti. Mancando allora una volontà in tal senso il giudice, a rigore, non potrebbe attuarla in alcun modo in via coattiva, per il tramite dell'art. 2932 c.c.

Ecco dunque che la strada praticabile potrebbe essere un'altra. Il creditore, sulla base del contratto, ha il diritto di pretendere gli interessi nella misura usuraria, in quanto la clausola non è nulla. Tuttavia, ove lo faccia, abusa del proprio diritto, dal momento che pretende interessi sproporzionati, in contrasto con l'obbligo di buona fede. Violerebbe, in altre parole, la clausola di solidarietà sociale la quale impone di considerare la prestazione di interessi inesigibile in quanto oggettivamente sproporzionati. Avverso un'eventuale pretesa del creditore il debitore si potrebbe tutelare mediante l'*exceptio doli*<sup>36</sup> e così sottrarsi dalla corresponsione di interessi usurari.

#### IV. Conclusioni.

L'analisi in merito alla caparra confirmatoria e soprattutto quella condotta in merito alla c.d. usura sopravvenuta rappresenta senz'altro un ulteriore passo in avanti per quel che concerne il sindacato sull'equilibrio contrattuale, oltre che per gli obblighi di

---

<sup>36</sup> U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, p. 170 ss.; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, *Riv. Dir. Civ.*, I, 1996; NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 175 e ss.; V. SCIALOJA, *Studi Giuridici*, III, Roma, 1932, p. 194 e ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 205 e ss.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc., Priv.*, Torino, 1987, p. 2 e ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2012, p. 297 e ss.; Per la nozione di abuso del diritto come "un meccanismo di autocorrezione del diritto" si vedano anche M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Ilicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000; G. MERLUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 348 e ss.; J. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951.

rinegoziazione, posto che, se sino ad allora si è ammesso un sindacato sull'equilibrio economico del contratto, anche nei casi non tipizzati, solo ove tale squilibrio derivi da una procedimentalizzazione ingiusta della stipula del contratto, ossia per i casi in cui vi sia in qualche modo un approfittamento dello stato di debolezza ovvero della crisi economica del soggetto, oggi esso si ammette a prescindere da tutto ciò, posto che, come evidenziato, la pattuizione relativa agli interessi era *ab origine* lecita, essendo divenuta iniqua per effetto di una sopravvenienza del tutto indipendente dalla volontà contrattuale.

Si potrebbe certo ragionare, alla luce di tutto ciò, sul problema della certezza del diritto, e del pari, sulla stessa conservazione di un'autonomia contrattuale, posto che si arriva ad ammettere un sindacato giudiziale così incisivo oltre che una pretesa alla rinegoziazione in assenza di qualsiasi comportamento illecito di controparte. Se però si considera il rovescio della medaglia, è certo da valutare positivamente la possibilità di mantenere in vita un contratto, in luogo di una sua caducazione che, con riferimento al contratto di mutuo, esporrebbe la parte già colpita dall'obbligo di corrispondere interessi usurari, all'ulteriore danno di dover restituire, per effetto della caducazione del contratto, l'intera somma data a mutuo, di modo tale che il rimedio, sarebbe peggiore del male stesso.

Di qui l'assoluta necessità di considerare in modo positivo, in taluni casi, simili obblighi di rinegoziazione nonché interventi anche cassatori del giudice. Del resto ciò è in linea con l'intera disciplina unionale. Se certo è vero che tali meccanismi rappresentano un'ingerenza nell'autonomia contrattuale, vi è anche da considerare che è interesse delle parti mantenere – nei contratti di durata - l'esecuzione della prestazione all'interno di un equilibrio contrattuale, non solo normativo bensì anche economico. Tali meccanismi rappresenterebbero in altre parole un "punto di equilibrio" tra l'esigenza di garantire alle parti che contrattano in modo equo una certa libertà di prevedere a quali condizioni obbligarsi, e quella di salvaguardarli dalle sopravvenienze involontarie che comporterebbero la permanenza di obbligo di eseguire una prestazione squilibrata, a totale svantaggio della parte debole del rapporto.